Das ius variandi
bei
Alternativobligationen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät
der Universität Breslau

vorgelegt

von

Werner Fröhlich
aus Reinerz.

1912
Wilh. Wolff's Buchdruckerei in Nimptsch.

Gedruckt mit Genehmigung der jur. Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Professor **Dr. Leonhard.**
Korreferent: Professor **Dr. Schott.**

Meinen Eltern

zum

Tage der silbernen Hochzeit

in Dankbarkeit

gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

A) Allgemeines.

Seite

§ 1. Gegensatz der Alternativobligation zur facultas alternativa 1

§ 2. Gegensatz der Alternativobligation zur Genusschuld 7

§ 3. Ablehnung der Alternativobligation als bedingte Obligation. — Pendenztheorie 8

B) Herbeiführung der Konzentration (Gemeines Recht).

§ 4. Unterschied zwischen Alternativobligation und „Wahlschuld im engeren Sinne“ 11

§ 5. Wer ist zur Wahl berechtigt? 12

§ 6. Wodurch tritt Konzentration ein? 15

1. Die herrschende Lehre des gemeinen Rechts.
2. Die Gegner der herrschenden Lehre.
3. Modifikation der herrschenden Lehre durch Franz Leonhard.

§ 7. **C) Herbeiführung der Konzentration (Bürgerliches Recht)** 30

1. Wer ist zur Wahl berechtigt?
2. Wodurch tritt Konzentration ein?

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548201_0017

Literaturverzeichnis.

Adickes: Zur Lehre von den Bedingungen, 1876.

Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, herausgegeben von Schering, 3. Ausg. 1876.

Arndts R. v. Arnesberg: Lehrbuch der Pandekten, 13. Aufl. 1886.

Bernstein: Zur Lehre vom alternativen Willen und der alternativen Rechtsgeschäfte I. 1876.

Brinz: Lehrbuch der Pandekten, 2. Bd. I. Abt. 1879.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 1. Bd. 5. Aufl. 1910.

Demelius: Die Ausübung des Wahlrechts in obligatorischen Verhältnissen. Zeitschr. f. Zivilr. u. Prozess, Band 17, S. 19 ff., 1860.

Dernburg: Pandekten, II. Bd.: Obligationenrecht unter Mitwirkung von Joh. Biermann, 1903.

„ Privatrechtsnormen des Reichs, 2. Bd., 5. Aufl. 1897.

Endemann: Lehrbuch des bürgerl. Rechts, 9. Aufl. I. 1903.

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerl. Rechts, I. Bd. 2. Abt. 4. und 5. Aufl. 1910.

Fischer, H. A.: Konzentration und Gefahrtragung bei Gattungsschulden. Jherings Jahrb. Bd. 51 S. 159 ff. 1907.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch nebst dem Einführungsgesetz, 8. Aufl. 1909.

Fitting: Die Natur der Korrealobligationen. 1859.

Jhering: Unsere Aufgabe. Jherings Jahrb. Bd. 1. 1857.

Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. II. Bd. 1906.

Kuhlenbeck: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze, I. Bd., 2. Aufl. 1903.

Leonhard. F.: Die Wahl bei der Wahlschuld. Jherings Jahrb. Bd. 41 S. 1 ff. 1900.

Litten: Die Wahlschuld im deutschen bürgerl. Rechte. 1903.

Marcus: Die Wahlschuld des Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Diss. Breslau 1899.

Mitteis: Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, I. Bd. 1908.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. II. Recht der Schuldverhältnisse. 1888.

Müller-Meikel: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs. I. Bd. 2. Aufl. 1904.

Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse. 1899.

Pescatore: Die sogen. alternative Obligation, 1880.

„ Die Wahlschuldverhältnisse, Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß. XIII. 1. 1905.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. I. 3. Aufl. 1903.

„ Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. II. 3. Aufl. 1907.

Puchta: System und Geschichte des römischen Privatrechts, 10. Aufl. 1903.

Puntschart: Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des römischen Privatrechts, 1885.

Regelsberger: Alternativobligation und alternative Ermächtigung des Gläubigers. Jherings Jahrb. Bd. 16. S. 159 ff. 1878.

Ryck: Die Lehre von den Schuldverhältnissen nach gemeinem deutschen Recht, 1883.

v. Savigny: Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts. 1838.

Sintenis: Das praktische gemeine Civilrecht, 2. Bd. 3. Aufl. 1868.

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse, 1. Teil (Kuhlenbeck, Kober) 5. 6. Aufl. 1910.

Thibaut: System des Pandektenrechts. 8. Aufl. 1. Bd. 1834.

v. Vangerow: Lehrbuch der Pandekten, Bd. III, 1876.

Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., bearbeitet von Th. Kipp, 2. Bd. 1906.

§ 1.

Eine Alternativobligation ist nach v. Savigny[1] „eine Obligation, welche auf eine von zwei oder mehreren bestimmten Leistungen gerichtet ist, so dass die Auswahl unter denselben zunächst unbestimmt gelassen wird, welche also durch irgend einen Willen ergänzt werden muss, wenn die Obligation Wirksamkeit erlangen soll".

Aeusserlich ähnlich ist der Alternativobligation die sog. facultas alternativa oder „alternative Ermächtigung"; denn[2] der Schuldner kann hier wie dort nach seiner Wahl mit der einen oder der anderen Leistung dem Schuldverhältnisse Genüge tun. Bei der facultas alternativa wird aber nur eine Leistung allein geschuldet, der Schuldner kann sich jedoch durch Leistung einer anderen befreien oder der Gläubiger statt ihrer eine andere fordern, so dass man in Anlehnung an l 125 D 45,1 den Satz aufstellte: una res in obligatione, duæ in solutione.

Während gegen die Anwendung dieses Satzes Pescatore in seinem ersten Werke[3] nichts einzuwenden hat — denn der Schuldner sei nur zu einer Leistung verpflichtet, er könne aber auch durch eine andere, nicht geschuldete

---

[1] v. Savigny, a. a. O. S. 389 f.

[2] cf. Oertmann, a. a. O. S. 23; Litten a. a. O. S. 93.

[3] Pescatore 1, S. 14 ff.

Leistung die Obligation tilgen —, verlangt er in seinem neueren Werke[1] eine Aenderung dieses Satzes in: altera res in obligatione, altera in solutione. Er begründet seine Ansicht damit, dass er behauptet, im Sinne der Römer stehe das „in obligatione esse“ in einem direkten Gegensatze zum „in solutione esse“. Die Leistung, die in solutione sei, könne gar nicht in derselben rechtlichen Beziehung auch in obligatione sein; denn „in solutione esse“ bedeute, dass der Schuldner sich durch die betreffende Leistung befreien könne, obwohl er in keiner Weise — auch nicht einmal alternativ — zu ihr verpflichtet sei. Die Befreiungsleistung bei der sog. facultas alternativa sei z. B. in solutione. M. E. ist diese Ausführung Pescatores aber nicht richtig. „In solutione esse“ bedeutet allerdings, dass der Schuldner sich durch die betreffende Leistung befreien kann. Wieso kommt aber Pescatore auf den Gedanken, dass der Schuldner in keiner Weise zu der Leistung verpflichtet sein dürfe? Wenn er behauptet, in der l 128 D 45,1 bedeute das „non“ in dem Satze quia utraque res ad obligationem ponitur, non ad solutionem soviel wie „nulla“, so ist das m. E. eine falsche Auslegung. Das Eigenartige bei der facultas alternativa besteht ja eben gerade darin, dass der Schuldner sich durch beide Leistungen befreien kann, m. a. W. dass die Leistungen bezüglich des in solutione esse gleichwertig sind. M. E. könnte der in Frage stehende Satz deutlicher werden, wenn man ihn umänderte in „altera res in obligatione, utraque in solutione“.

Auch die Umkehrung dieses Satzes: „duæ res in obligatione, una in solutione,“ womit man häufig die

---

[1] Pescatore II, S. 49 Anm. 5.

Alternativobligation in Gegensatz zur facultas alternativa stellt, ist nicht einwandsfrei. Pescatore weisst darauf hin, dass auch bei der alternativen Obligation sich der Schuldner durch die eine wie durch die andere Leistung von seiner Verpflichtung befreien könne, sodass man auch hier sagen müsste: „duae res in solutione.“ Man käme daher zu der Bezeichnung „duæ res in obligatione, duæ res in solutione“, worin niemand eine Bezeichnung des Wesens der alternativen Obligation erblicken würde. Das „in solutione“ müsse daher bei der alternativen Obligation etwa gleichbedeutend sein mit „utrumque solvi debet“, während es bei der alternativen Ermächtigung soviel bedeuten müsste wie „utrumque solvi potest“. Aber auch bei dieser Auffassung könnten die beiden Sätze nicht einander gegenübergestellt werden; denn man müsste dann den einen Ausdruck „in solutione“, der gerade den charakteristischen Unterschied angeben solle, in verschiedenem Sinne verstehen. Ausserdem bezeichne der Ausdruck „una res in solutione“ bei der alternativen Obligation etwas ganz selbstverständliches, da man, wenn die eine oder die andere Sache versprochen sei, wohl kaum an die Leistung beider denken könne.

Insoweit bin ich Pescatores Meinung. Er wendet sich jedoch in seinem früheren Werke[1] auch gegen die Worte „duæ res in obligatione“. Diese Worte bedeuteten entweder, dass beide Gegenstände schlechthin geschuldet würden — dann sage dieser Ausdruck etwas handgreiflich Verkehrtes — oder die betreffenden Leistungen würden zwar nicht geschuldet, der Schuldner stehe jedoch in gewissen Beziehungen zu ihnen — dann sei der Ausdruck eine leere

[1] Pescatore I a. a. O.

Redensart und gebe über das Wesen der Beziehungen des Schuldners zu den alternativ bezeichneten Gegenständen keinen Aufschluss.

Dieser Ansicht Pescatores kann ich mich jedoch nicht anschliessen. M. E. geben diese Worte in prägnanter Weise an, dass zwei (oder mehrere!) Leistungen gewissermassen gebunden sind, dass der Schuldner vorläufig nicht frei über ihren Gegenstand verfügen kann, bevor durch eine bestimmte Handlung oder ein bestimmtes Ereignis erreicht wird, dass nur noch eine der mehreren Leistungen geschuldet wird. Allerdings gibt der Satz „duæ res in obligatione, duæ in solutione“ kein klares Bild von der Alternativobligation. In seinem späteren Werke macht Pescatore[1] den Vorschlag, anstelle des fraglichen Satzes zu sagen „duæ res in obligatione, nulla in solutione tantum“. Wie schon oben erwähnt, kann ich dem Gegensatz nicht beistimmen, den Pescatore zwischen „in solutione esse“ und „in obligatione esse“ macht. M. E. könnte aber eine Verdeutlichung des Satzes in folgender Fassung liegen: „utraque res in obligatione, altera in solutione.“

In der Fassung „altera res in obligatione, utraque in solutione“ für die facultas alternativa und „utraque res in obligatione, altera in solutione“ für die obligatio alternativa bedeutet dann auch das „in solutione“ nicht mehr — wie Pescatore nachgewiesen hat — einmal = solvi potest, das andere Mal = solvi debet, sondern es ist beide Male soviel wie solvi potest.

Litten[2] will hierbei einen Unterschied machen zwischen Schuldnerwahlrecht und Gläubigerwahlrecht. Im ersten

---

[1] Pescatore II, S. 50 Anm. 5.

[2] Litten, a. a. O. § 6.

Falle sei die Pendenz eine suspensive, im zweiten eine resolutive, sodass sich also der Satz „duæ res in obligatione, una in solutione“ nur auf alternative Obligationen mit Wahlrecht des Gläubigers beziehe. Das scheint mir jedoch wegen l 5 § 2 D 40,9[1] nicht richtig. Si Titius nihil amplius in bonis quam Stichum et Pamphilum habeat eosque stipulanti Mævio ita promiserit: Stichum aut Pamphilum dare spondes?, deinde, cum alium creditorem non haberet, Stichum manumiserit: libertas per legem Aeliam Sentiam rescinditur. quamvis enim fuit in potestate Titii, ut Pamphilum daret, tamen quamdiu eum non dederit, quia interim mori possit, non sine fraude stipulatoris Stichum manumiserit. quod si solum Pamphilum dari promisisset, non dubitarem, quin Stichus ad libertatem perveniret, quamvis similiter Phamphilus mori possit: multum enim interest, contineatur ipsa stipulatione is qui manumittitur an extra obligationem sit . . . . Litten[1] scheint diese lex eine ganz singuläre Bestimmung zu enthalten, da ausdrücklich gesagt sei, dass der Schuldner „nihil amplius in bonis“ als die beiden Sklaven habe. Die Nichtigkeit der manumissio sei daher nur zum besonderen Schutze des Gläubigers bestimmt. Insoweit schliesse ich mich Litten an. Julianus sagt jedoch in der angeführten Stelle ausdrücklich weiter, dass bei einfachem Verkauf des Pamphilus eine Freilassung des Stichus stattfinden könne. Darin scheint mir gerade der Unterschied zwischen gewöhnlichem und alternativem Kaufe zu bestehen und die Gebundenheit beider Kaufobjekte hervorzugehen: multa enim interest contineatur ipsa stipulatione is qui manumittitur an extra obligationem sit.

---

[1] Litten, a. a. O. S. 43.

Auch Windscheid[1] und Bernstein[2] sind der Ansicht, dass der Schuldner in Bezug auf keinen Leistungsgegenstand ungebunden ist, während Fitting[3] nur die vorläufige Unentschiedenheit (in pendenti), die durch die Wahl schwinde, betont.

Die facultas alternativa findet sich ebenso wie die obligatio alternativa bereits im corpus iuris erwähnt, aus dem auch nach Pescatore[4] der Name „facultas" herrührt. So hat beispielsweise nach l 6 § 1 D 42,1 der zu einer Geldsumme oder noxæ deditio Verurteilte die „facultas noxæ dedendæ"; auch die Scheidung zwischen facultas alternativa und obligatio alternativa ist schon in den Quellen durchgeführt, z. B. in l 128 D 45,1[5]: Wenn sich jemand den Stichus oder Pamphilus stipulieren lässt, während sich Stichus bereits in seinem Eigentum befindet, kommt nur eine einfache Obligation zu stande. Stichus darf nicht geleistet werden, wenn er auch später aus dem Eigentum des Stipulators ausscheiden sollte; denn die Parteien wollten eine obligatio alternativa begründen, nicht eine einfache Obligation auf Leistung des Pamphilus mit der alternativen Ermächtigung des Schuldners, statt des Pamphilus den Stichus zu leisten: quia utraque res ad obligationem ponitur, non ad solutionem.

---

[1] Windscheid, Pand. II § 255 Anm. 5.

[2] Bernstein, a. a. O. S. 100.

[3] Fitting, a. a. O. S. 140.

[4] Pescatore I, S. 264 f.

[5] cf. Pescatore I, S. 21.

§ 2.

Mit der alternativen Obligation steht ferner die „Genus- oder Gattungsschuld“ in Verwandtschaft; die Aehnlichkeit besteht darin, dass beide beim Abschluss des Schuldverhältnisses an einer gewissen Unbestimmtheit des Obligationsgegenstandes leiden.

Papinianus vermengte noch beide, wie aus einer Stelle seiner quæstiones nach l 66 § 3 D de leg. II° hervorgeht[1]: Aus zwei Testamenten wird ein Sklave generatim geschuldet. Wenn nun ein Erbe einen bestimmten Sklaven geliefert, der Legatar ihn jedoch wieder veräussert habe, könne sich der andere Erbe nicht durch Lieferung des nämlichen Sklaven befreien, obgleich der Legatar nicht mehr Eigentümer desselben sei: homines emin legatum orationis compendio singulos homines continet.

Die Gattungsschuld unterscheidet sich jedoch von vornherein dadurch von der Wahlschuld, dass bei ersterer nur die Qualität bestimmt ist, während bei der Wahlschuld eine von mehreren bestimmten Leistungen bewirkt werden soll.[2]

Marcellus erkennt den Unterschied beider Schuldarten in seinem Digestenwerke bereits an: l 72 § 4 D 46,3. In der Folgezeit sind dann auch stets Wahlschuld und Gattungsschuld auseinandergehalten worden. Wenn man gewissermassen zwischen beide die sog. beschränkte Gattungsschuld stellt, so ist das m. E. nicht richtig. Pescatore[3] weist nach, dass im Resultat Wahlschuld und beschränkte Gattungsschuld von einander nicht abweichen, bezüglich der rechtlichen Konstruktion scheidet er jedoch

[1] cf. H. A. Fischer, a. a. O. S. 171.

[2] A. H. Fischer, a. a. O.

[3] Pescatore II, S. 148 ff.

beide. M. E. darf man aber auch in rechtlicher Hinsicht nicht zwischen Gattungs- und Wahlschuld die beschränkte Gattungsschuld hineinkonstruieren: Sind die einzelnen Gegenstände wesentlich gleich, dann liegt eine Gattungsschuld vor, ganz gleich, ob die ganze Gattung in Frage steht oder nur ein Teil derselben. Im einzelnen wird die Scheidung bisweilen nicht leicht sein, ja es kann m. E. dieselbe Schuld Gattungs- oder Wahlschuld sein, je nachdem die Parteien die einzelnen Leistungsgegenstände für wesentlich gleich halten oder nicht.

§ 3.

Was die Konstruktion der alternativen Obligationen anlangt, so sind sie von einer Reihe älterer Juristen als suspensiv bedingt angesehen worden[1]. Sie stützen sich auf l 9 pr. D 33,5, wo es heisst: cum ita legatur: „Titio Stichum do lego, si Pamphilum non elegerit: eidem Titio Pamphilum, si Stichum non elegerit," simile est, atque si ita legatum fuisset: „Titio Stichum aut Pamphilum, utrum eorum volet, do lego."

Windscheid[2] meint dagegen, es liege keine bedingte Obligation vor, da nicht unbestimmt sei, „ob", sondern „was" geleistet werden müsse. Zur Widerlegung der angeführten Stelle führt er l 128 D 45,1 an, nach der eine Verpflichtung zur Leistung nicht zustande komme, wenn sich beim Abschluss einer alternativen Stipulation eine der alternativ versprochenen Sachen im Eigentume des Stipulators befinde, und im Gegensatz hierzu l 31 D h. t.,

[1] cf. Pescatore I, § 4.

[2] Windscheid, Pand. § 255; cf. Pescatore I, § 21.

nach der eine derartige unter einer Bedingung abgeschlossene Stipulation sehr wohl gültig sei, wenn sich die Sache im Augenblick der Erfüllung der Bedingung nicht mehr im Eigentum des Stipulators befindet: Si rem meam sub condicione stipuler, utilis est stipulatio, si condicionis existentis tempore mea non sit. An der Hand dieser beiden Stellen beweist also Windscheid, dass die alternative Obligation nicht als zwei suspensiv bedingte Obligationen aufgefasst werden kann. Richtig ist dies m. E. nur insofern, als die beiden Obligationen nicht unabhängig neben einander stehen, sondern eine zusammenhängende Einheit bilden.

Aber auch für resolutiv bedingt ist die Alternativobligation angesehen worden. Dieser Meinung tritt Pescatore[1] entgegen. Er ist der Ansicht, dass bei alternativer Stipulation nach Leistung eines der alternativ geschuldeten Gegenstände die anderen ipso iure nicht mehr geschuldet würden, während die Resolutivbedingung bei Stipulationen nur ope exceptionis wirke, wie sich aus l 44 § 2 D 44,7 ergebe . . . sed hoc casu existente condicione locus erit exceptioni pacti conventi vel doli mali. Pescatore[2] dagegen meint, dass die Alternativobligation in bestimmten Fällen zur bedingten werden könne: nämlich stets, wenn einem dritten die Wahl eingeräumt werde, bisweilen aber auch in anderen Fällen. Wenn die Wahl des Schuldners jedoch zur Bedingung erhoben werde — Adickes[3] zählt die Alternativobligationen, bei denen der Schuldner das Wahlrecht hat, zu den bedingten Obli-

---

[1] Pescatore I, § 4.

[2] Pescatore I, § 16; Pescatore II, S. 110 ff.

[3] Adickes, a. a. O. S. 27 ff.

gationen und zwar entweder nur bezüglich ihres Inhaltes oder auch bezüglich ihrer Existenz —, dann liege kein bindendes Rechtsgeschäft mehr vor; dann sei der Schuldner ebenso wenig gebunden wie der, welcher zu leisten verspricht, „wenn er will“. Für die Obligationen, bei denen die Wahl zur Bedingung erhoben sei, müsste einzig und allein die Theorie der bedingten Obligationen entscheidend sein. Im übrigen warnt Pescatore mit Recht davor, zwei verschiedene Rechtsverhältnisse zu vermengen: den Fall der bedingten Alternativobligation und den, in welchem die Wahl zur Bedingung des Schuldverhältnisses erhoben ist.

Dass die Wahl selbst jemals Bedingung sein könne, bestreitet auch Marcus[1], allerdings unter einer anderen Begründung: es sei nämlich nicht ungewiss, ob die Wahl erfolgen werde, sie müsse vielmehr erfolgen; denn bei Nichtvornahme derselben gehe das Wahlrecht auf den Gegner über.

Die Aehnlichkeit zwischen Wahlschuld und Bedingung liegt nach Litten[2] darin, dass sich beide noch in einem Stadium der Vorwirkung befinden. Aus diesem Gesichtspunkt heraus hat man auch — zuerst Bernstein — die sog. Pendenztheorien entwickelt. Nach der suspensiven Pendenztheorie fehlt es der Alternativobligation solange an einem Objekt, bis sie „konzentriert“ wird, nach der resolutiven Pendenztheorie werden umgekehrt zunächst beide bezw. alle Leistungen geschuldet; erst die „Konzentration“ bestimmt, welche Leistung endgültig zu vollziehen ist und bringt dadurch die übrigen Leistungen in Wegfall.

---

[1] Marcus, a. a. O. S. 11.

[2] Litten, a. a. O. S. 81.

Beide Theorien greift Pescatore[1], m. E. mit Recht, an. Bezüglich der suspensiven Theorie führt er aus, dass sich bei ihrer Annahme die Quellen nicht mit anfänglicher Unmöglichkeit der Leistung beschäftigen dürften (cf. l 128 D 45,1; l 72 § 4 D 46,3; l 15 D 45,2); es könnte nur die Möglichkeit im Augenblick der Leistung in Frage kommen. Wenn aber die resolutive Theorie zuträfe, dann müsste der Gläubiger auf Grund der Stipulation: „Stichum aut Pamphilum dari?“ auf beide Leistungen klagen, der Schuldner zur Entrichtung beider verurteilt werden, was nicht der Fall wäre.

§ 4.

Im folgenden soll untersucht werden, wodurch die Alternativobligation zu einer einfachen wird, m. a. W. wann „Konzentration“ eintritt.

Nach der von v. Savigny[2] bereits oben angegebenen Definition der Alternativobligation ist die erste Frage, die sich uns aufdrängt, die: Wer hat das Recht zu bewirken, dass eine der in obligatione stehenden Leistungen die allein geschuldete werde, oder kann etwa auch durch einen äusseren Umstand die Entscheidung herbeigeführt werden?

Ryck[3] und Litten[4] scheiden hierbei zwischen „alternativ bedingter Obligation“ und „Wahlschuld im engeren Sinne“. Der Begriff der Alternativobligation enthält ihrer

[1] Pescatore II, S. 39 Anm. 28, S. 39.

[2] v. Savigny, a. a. O. S. 389 f.

[3] Ryck, a. a. O. S. 202 f.

[4] Litten, a. a. O. S. 30 ff.

Ansicht nach nichts über die Quelle der Entscheidung; es ist daher die Möglichkeit oder Notwendigkeit einer Wahl als logische Folge der alternativen Obligationen abzulehnen. Während bei der „alternativ bedingten Obligation“ die Entscheidung durch Eintritt eines äusseren Umstandes bewirkt wird, wird die Lösung der „Wahlschuld im engeren Sinne“ durch die Wahl einer Partei herbeigeführt.

§ 5.

Aus den Quellen ergibt sich nun, dass das Recht der Wahl — mangels besonderer Abrede — dem Schuldner zusteht; so z. B. l 10 § 6 D 23,3; ll 93. 106. 138 § 1 D 45,1. Für den Kauf speziell ist das Wahlrecht des Schuldners ausgesprochen z. B. in: l 25 pr. D 18,1: Si ita distrahatur „illa aut illa res“, utram eliget venditor, hæc erit empta und in l 34 § 6 D h. t: Si emptio ita facta fuerit: „est mihi emptus Stichus aut Pamphilus“, in potestate est venditoris, quem velit dare.

Anderer Meinung bezüglich des Wahlrechts des Schuldners ist Pescatore[1]. Er ist zunächst der Ansicht, dass bei alternativen Obligationen mit Wahlrecht des Schuldners nur eine Obligation mit alternativ bestimmtem Inhalt, bei Wahlberechtigung des Gläubigers hingegen „ein alternatives Nebeneinanderbestehen mehrerer Forderungsrechte“ vorliege. Demgemäss kommt er durch Umkehrung zu der Behauptung, dass nur da dem Schuldner die Wahl zustehe, wo nur eine Obligation vorliege, „der durch diese oder jene Leistung genügt“ werden könne.

[1] Pescatore I, § 19; Pescatore II, § 7.

Nach Pescatores Ansicht muss also erst eine diesbezügliche Untersuchung stattfinden, ehe feststeht, ob dem Schuldner die Wahl zusteht oder nicht.

Zur Widerlegung der herrschenden Meinung und zur Bekräftigung seiner eigenen führt Pescatore einen praktischen Fall an: Ein Käufer, dem in einem Laden vom Verkäufer für denselben bestimmten Preis verschiedene Waren vorgelegt und angeboten würden, und der „diese Erklärung akzeptiere", müsste dann einen der Gegenstände nach Wahl des Verkäufers empfangen. Er ist der Ansicht, nur wenige Käufer würden wohl davon zu überzeugen sein, dass die Wahl des Verkäufers nach gemeinem Recht gerechtfertigt wäre. Ich kann hierbei Pescatore nicht beistimmen. Für gewöhnlich wird im Gegenteil der Verkäufer den Käufer fragen, ob er ihm verschiedene Waren zur Auswahl (des Käufers!) vorlegen dürfe, oder umgekehrt der Käufer den Verkäufer auffordern, ihm einige Waren zur Auswahl (des Käufers!) zu zeigen. Wenn man jedoch ohne weiteren Zusatz z. B. „ein Paar Handschuhe" zu bestimmtem Preise verlangt, dann liegt m. E. hierin eine Aufforderung zu einer Offerte: Wenn mir der Verkäufer dann mehrere Handschuhe vorlegt, kommt der Kauf erst zustande, wenn ich ein Paar bestimmte Handschuhe als die von mir gewählten bezeichne (Einigung über Preis und Ware). Sollte ich jedoch „die Erklärung akzeptieren", d. h., wie wohl Pescatore meint, einfach eine Vertragsofferte des Verkäufers annehmen, dann stünde allerdings dem Verkäufer die Wahl zu. Ein derartiger Fall dürfte wohl aber in der Praxis kaum vorkommen!

In seinem neueren Werke hat Pescatore[1] diese seine frühere Ansicht wohl auch geändert: er gibt zu, dass das

[1] Pescatore II, S. 3.

gemeine Recht sich längst „seine eigene Regel gemacht hätte“ und im Verkehr in der Mehrzahl der Fälle dem Gläubiger das Wahlrecht zustand.

Eine Besonderheit gilt bezüglich der Wahlvermächtnisse[1]. Vor Justinian stand beim sog. alternativen Damnationslegate dem Beschwerten die Wahl zu, da der Erblasser ihm die Alternative stellt: heres meus damnas esto Lucio Titio illud aut illud dare. Beim alternativen legatum sinendi modo wählte umgekehrt der Bedachte, da der Erblasser den Beschwerten „zum Dulden verurteilt“: heres meus damnas esto sinere Lucium Titium illud aut illud sumere sibique habere. Ebenso war es beim Vindikations- und Präzeptionslegate: Lucio Titio illud aut illud do lego — Lucius Titius illud aut illud sumito, sibi habeto etc.

Justinian hat nun bestimmt, dass bei allen Legaten der Bedachte das höchst mögliche Recht haben solle: l 1 C 6,43; § 2 J 2,20. Hieraus schliesst die herrschende Lehre, m. E. mit Recht, dass dem Bedachten also stets das Recht der Wahl zustehe, wenn nicht etwa der Erblasser das Gegenteil bestimmt habe. Pescatore ist aber der Ansicht, man übersehe hierbei, dass auch nach dem Rechte Justinians das höchste mögliche Recht, das eines Vindikationslegates, nur dann erworben werden könne, wenn die Voraussetzungen unmittelbar dinglichen Rechtserwerbes vorlägen. Ich kann aber nicht einsehen, warum trotz mangelnden unmittelbar dinglichen Rechtserwerbs nicht der Bedachte die Wahl haben kann.

---

[1] cf. Pescatore II, S. 46 f.

§ 6.

Damit, dass dem Schuldner mangels besonderer Abrede die Wahlerklärung zusteht[1], ist jedoch noch nicht gesagt, dass diese „Wahl" des Schuldners durch eine einseitige Wahlerklärung vollzogen ist. Es war vielmehr gemeinrechtlich sehr bestritten, ob eine Konzentration eintrete erst durch wirkliche Leistung oder schon durch die blosse Erklärung des Wahlberechtigten.

Die Anhänger der ersten Ansicht räumen also dem Wahlberechtigten bis zur wirklichen Leistung das sog. „ius variandi" ein, ohne durch die blosse Wahl irgend einen Vorteil oder Nachteil für Wahlberechtigten oder Wahlempfänger eintreten zu lassen. Für diese Ansicht, die im gemeinen Recht die herrschende war und ganz besonders durch Jhering[2] angegriffen wurde, sind besonders eingetreten v. Savigny, v. Vangerow, Arndts, Brinz und Puchta, neuerdings auch Ryck und Puntschart; auch Windscheid und Pescatore stimmen, wenn auch modifiziert, ihr bei.

Ehe des näheren auf den Streit eingegangen werden soll, sollen erst einmal die verschiedenen Ansichten nebeneinander aufgeführt werden.

v. Savigny[3] sagt ausdrücklich, die wörtliche Erklärung sei nicht bindend, eine Aenderung der Wahl sei bis zur Vollendung der Leistung möglich. Er führt zum Beweise seiner Behauptung neben anderen Stellen auch l 138 § 1 D 45,1 an . . . licebit tibi, quotiens voles, mutare voluntatem in eo, quod præstaturus sis und fügt zu den Worten

[1] cf. Windscheid, Pand. § 255 Anm. 3a; Staudinger a. a. O. § 263.

[2] Jherings Jahrbücher, Band I, S. 30—33.

[3] v. Savigny, a. a. O. § 38.

præstaturus sis hinzu: „Also so lange als nicht die volle Leistung in der Vergangenheit liegt.“ M. E. beziehen sich die angeführten Worte jedoch nur auf den inneren Willen, wie sich das aus der Fortsetzung ergibt: quia diversa causa est voluntatis expressæ et eius quæ inest. Und dann liegt hierin gar keine Besonderheit.

v. Vangerow[1] unterscheidet, ob über das Wahlrecht vertraglich etwas bestimmt ist oder nicht. Im ersteren Falle müsse der Inhalt des Vertrages auch über das ius variandi entscheiden, im zweiten Falle gelte die Regel, dass das Wahlrecht bis zur wirklichen Leistung immer noch geändert werden könne. Er stützt sich zum Beweise seiner Theorie ebenfalls auf l 138 § 1 D 45,1. Auch die Worte der l 106 eod.: Tamdiu autem voluntas promissoris in pendenti est, quamdiu id, quod promissum est, solvatur dienen ihm als Anhaltspunkt. Die Behauptungen Jherings und Demelius', die die angeführten Stellen aus dem strengen Charakter der Stipulationen erklären wollen, weist v. Vangerow zurück, da ihm diese Sätze vielmehr aus dem Wesen der alternativen Obligation hervorzugehen scheinen. Dass übrigens bei vertraglicher Bestimmung über das Wahlrecht das Vereinbarte entscheidet, dürfte wohl kaum angefochten werden.

Auch Arndts[2] steht auf dem Standpunkte, dass dem Schuldner, wo nicht durch besondere ausdrückliche Bestimmung ihm das Wahlrecht beigelegt sei, die Aenderung der getroffenen Wahl bis zur Erfüllung gestattet sein solle. Allerdings könne die Mitteilung der getroffenen Wahl als stillschweigend angenommenes Versprechen oder Verzicht

---

[1] v. Vangerow, a. a. O. 569 Nr. 2.

[2] Arndts, a. a. O. § 203 Note 3.

auf das Wahlrecht die variatio ausschliessen. Gegen Demelius' Behauptung, die Aenderung der Wahl sei nur bei Stipulationen oder Legaten zulässig, führt Arndts die l 21 § 6 D 19,1 an, wo dem Käufer beim alternativen Kaufe die „mutandæ voluntatis potestas" eingeräumt ist.

Ferner gewährt Brinz[1] dem Wahlberechtigten bis zur Leistung das ius variandi. Auch er beruft sich auf die von v. Vangerow angeführten Stellen, ausserdem noch auf die „mutandi potestas" in l 112 pr. D 45,1. Bei dieser Stelle ist jedoch zu bemerken, dass Pomponius nur von einer „mutandi potestas" redet, wenn es sich um die Worte quem volam handelt, nicht auch bei den Worten quem voluero.

Puchta[2] gestattet dem Schuldner grundsätzlich auch das ius variandi, da die Wahl unveränderlich beim Schuldner erst durch die Leistung geschehe. Nur wenn die Wahl ausdrücklich „auf den Willen gestellt" sei, genüge zur Konzentration die Erklärung des Willens.

Neuerdings tritt auch Ryck[3] für das ius variandi ein. Neben den ll 138 § 1 D 45,1 und 21 § 6 D 19,1 ergebe sich das ius variandi aus dem Wesen der Alternativobligation. Da das Wahlrecht der Alternativobligation, richtiger der Wahlschuld im engeren Sinne, „inhäriere", ergebe sich daraus, dass es ausgeübt werden könne, so lange eine Alternativobligation vorliege. Ebenso Puntschart[4]; nur ist er der Meinung, dass ein ius variandi nicht bestehe, wenn dem Schuldner das Wahlrecht durch die Worte „utrum volas" ausdrücklich eingeräumt sei;

[1] Brinz, a. a. O. §§ 242, 243.

[2] Puchta, a. a. O. § 221.

[3] Ryck, a. a. O. § 44.

[4] Puntschart, a. a. O. S. 304.

denn es werde dadurch „die Entscheidung der Alternative von der Leistung getrennt und in einen ihr vorangehenden besonderen Willensakt verlegt".

Windscheid[1] stimmt der herrschenden Meinung bei, glaubt aber, einen Zusatz beifügen zu müssen. Er lässt nämlich dem Wahlberechtigten zwar das ius variandi, ist jedoch der Ansicht, dass er bei Ausübung desselben zum Ersatz des sog. negativen Interesses verpflichtet sei, d. h. desjenigen Nachteils, den der Gegenkontrahent dadurch erlitten habe, dass er sich auf die Leistung des mit der Erklärung Bezeichneten verlassen habe.

Etwas abweichend ist Pescatores[2] Ansicht; sie geht dahin, dass bei der Obligation mit alternativ bestimmtem Inhalt jede der in Aussicht genommenen Leistungen die Obligation tilgen könne; der Schuldner könne wählen, durch welche derselben er erfüllen wolle. Dementsprechend heisse aber „wählen" im Sinne der Quellen nicht blosses „Sichentschliessen" für die oder jene Leistung, sondern es bedeute, in der oder jener Weise erfüllen. Daher verliere konsequent der Schuldner die Möglichkeit, seine Verpflichtung sowohl durch diese wie durch jene Leistung zu erfüllen, erst durch den wirklichen Vollzug der einen oder der anderen Leistung. Das römische Recht spreche daher mit Recht der einseitigen Erklärung des Schuldners jede Bedeutung ab und sehe in ihr nur eine rechtlich vollkommen irrelevante Mitteilung eines zukünftigen Vorhabens. Pescatore kommt also zu demselben Resultat wie die herrschende Meinung. Aber auch er schliesst sich im weiteren der Meinung Windscheids an: wenn der wahlberechtigte Schuldner von der einmal getroffenen, ihn nicht

[1] Windscheid, Pand. § 255 Anm. 9.

[2] Pescatore I, S. 178 f. Pescatore II, S. 34 ff.

bindenden Entscheidung abgehe, müsse man dem Gläubiger einen Anspruch auf das negative Interesse zugestehen.

Die entgegengesetzte Ansicht, dass also schon durch die Wahl ohne Leistung Konzentration stattfinde, vertreten Thibaut, Jhering, durch ihn darauf hingewiesen Regelsberger und Demelius, ferner Sintenis und Puntschart, neuerdings besonders Dernburg und Mitteis.

Neben Thibaut[1], der es gerade eine Eigentümlichkeit nennt, dass die mündlich getroffene Wahl ein ferneres Wahlrecht aufhebe, und sich auf die öfters erwähnten ll 106; 112; 138, § 1 D 45,1 beruft, war es vor allem Jhering[2], der die herrschende Meinung des gemeinen Rechts angriff. Er wendet sich speziell gegen die oben entwickelte Theorie Puchtas. Dass das ius variandi bei einer Stipulation, die auf illud aut illud dari gerichtet war, bestanden habe, bestreitet Jhering nicht; denn jedem Römer sei die strenge Auslegung der Stipulation bekannt gewesen. Es sei aber verfehlt, eine derartige Auslegung im modernen Rechte noch beizubehalten; denn die Worte der schon öfters zit. l 138 § 1 D 45,1: quia diversa causa est voluntatis expressæ et eius quæ inest seien nicht mehr anwendbar, da im modernen Recht ein Unterschied zwischen ausdrücklicher und stillschweigender Willenserklärung gerade nicht mehr bestehe.

An praktischen Beispielen beleuchtet Jhering, zu welch' „tollem Resultat“ man kommen müsse, wenn man im Sinne Puchtas entscheide: der Vertragsgegner, der der einmal getroffenen Wahl vertraue und seine Vorbereitungen dementsprechend treffe, könne den grössten Schaden davontragen, wenn der andere Teil seine Wahl plötzlich wieder

[1] Thibaut, a. a. O. § 81.

[2] Jherings Jahrb. I. S. 31—33.

ändern dürfe. Eine derartige Entscheidung sei heute unhaltbar, man brauche sich nicht einmal auf die von Puchta nicht angeführte Stelle der l 25 pr. D 13,5 zu berufen, nach der es nicht gestattet sei, „fidem constitutæ rei frangere".

Diese Ansicht Jherings hält auch Regelsberger[1] für richtig. Wenn man auch bezüglich des alten römischen Rechts anderer Ansicht sein könne, so müsse man doch nach heutigem Rechte das Wahlrecht für „aufgebraucht" ansehen, sobald der Vertragsgegner von der Wahl Kenntnis erhalten habe. Bezüglich der Gründe verweist Regelsberger auf Demelius.

Demelius[2] behandelt die Frage des ius variandi in seinem Aufsatze „Ausübung des Wahlrechts in obligatorischen Verhältnissen". Bei der Ausübung des Wahlrechts durch den Schuldner, wenn über die Wahl nicht ausdrücklich etwas bestimmt ist — der einzige Fall, der uns hier interessiert —, beruft sich Demelius für das römische Recht auf die schon zit. ll 106 D 45,1 und 138 § 1 D h. t. Nach diesen Stellen stehe dem Schuldner das ius variandi zu, nach l 20 § 13 D 12,6 sogar dann noch, wenn er bereits eine Teilleistung vorgenommen habe. Bezüglich der Konsensualkontrakte enthalten die Quellen demnach nach Demelius keine ausdrücklichen Entscheidungen, da die von Savigny angeführte l 34 § 6 D 18,1 nur von der Wahlberechtigung des Verkäufers, nicht aber von dem ius variandi handle.

Für die Konsensualkontrakte lehnt daher Demelius die Geltung des ius variandi ab. Er stützt sich zum Beweise seiner Meinung fernerhin auf das Beispiel des Trödelvertrages, der unter die alternativen Obligationen

[1] Regelsberger, a. a. O. S. 208 f.

[2] Zeitschr. f. Zivilr. u. Proz. Bd. 17. S. 19 ff.

gehöre; wenn bei einem solchen Vertrage Rückgabe der Sache oder Preiszahlung vereinbart worden sei, müsse man es doch unbedingt ablehnen, dass der Trödler, nachdem er erklärt habe, den Preis zahlen zu wollen, nun doch noch die vielleicht wertlos gewordene Sache bringen dürfe. Was hier vom ius variandi gelte, müsse sich aber auch auf alle alternativen Obligationen erstrecken, wobei die abweichende Regelung der Gefahrtragung nichts zu sagen habe.

Das Beispiel des Trödelvertrages gehört aber m. E. nicht hierher; denn der Trödelvertrag verknüpft nicht zwei verschiedene Leistungen, sondern zwei verschiedene Vertragsverhältnisse.

Ferner behauptet Demelius, seine Ansicht lasse sich durch argumentum e contrario aus l 21 § 6 D 19,1 herleiten: Jemand, der sein Haus verkaufte, hat sich für seine Lebenszeit „habitationem aut in singulos annos decem" versprechen lassen. Der Käufer hat nun im ersten Jahre decem bezahlt, möchte jedoch im folgenden Jahre dem Verkäufer lieber die Wohnung überlassen. Trebatius ist der Ansicht, der Schuldner könne nach Belieben (potestas mutandæ voluntatis) seinen Willen ändern, wenn er nur eine der geschuldeten Leistungen zu bewirken imstande sei. Die Entscheidung des Trebatius beruht aber darauf, dass mehrere sukzessiv fällig werdende Leistungen vorliegen und der Schuldner hinsichtlich jeder von ihnen sein Wahlrecht hat. Wenn die Stelle das beweisen sollte, wofür sie die Gegner zitieren, dann müsste sie enthalten, dass der Schuldner nach seiner Erklärung, dieses Jahr die decem geben zu wollen, abspringen und die habitatio anbieten dürfe. Demelius bestreitet jedoch, dass Trebatius so entschieden habe.

Das heutige Recht muss sich nun seiner Ansicht nach nach der Theorie richten, die bei den negotia bonæ fidei gegolten hat, nicht aber nach den Sätzen, die sich auf die heute unpraktischen Stipulationen bezogen haben.

Auch Sintenis[1] ist ein Gegner des ius variandi. Er sieht in den viel umstrittenen Worten der l 138 D 45,1: „quia diversa causa est voluntatis expressæ et eius quæ inest“ gerade einen Beweis dafür, dass das ius variandi nicht bestanden habe. Er liest nämlich aus diesen Worten heraus, dass nur der geäusserte Wille binde, eine Aenderung der Aeusserung jedoch ausgeschlossen sei. Die l 106 D h. t. widerspräche dieser Annahme nicht, da sie keine expressa voluntas voraussetze. Sintenis gibt aber zu, dass diese Worte etwas „rein römisch formelles“ bezeichnen können. Jedoch selbst dann sei nach heutigem Recht ihre Anwendung unstatthaft. Betreffs dieses Punktes schliesst er sich an die oben dargelegte Meinung Jehrings an.

Puntschart[2] scheidet — ähnlich wie Demelius — zwischen Stipulationen und anderen Rechtsgeschäften. Für erstere macht er nach l 112 pr. D 45,1 wieder einen Unterschied zwischen den Worten „utrum voluero“ und „utrum volam“. Durch die Verbalform voluero werde eine „in ihren Wirkungen sich manifestierende Handlung in der Zukunft“ charakterisiert, „ein schon wirksam gewordener Willensakt“ bezeichnet, das ius variandi also ausgeschlossen, während für die Form „volam“ das Gegenteil gelte. Wenn — wie in der l 138 § 1 D 45,1 — eine Wahlklausel nicht beigefügt sei (pure stipulatus sum), gelte das ius variandi bis zur vollständig bewirkten

---

[1] Sintenis, a. a. O. § 83, Anm. 52.

[2] Puntschart, a. a. O. S. 301 ff.

Leistung („licebit mutare voluntatem in eo, quod præstaturus sis“).

Im Gegensatz zur Stipulation ist nach Puntscharts Ansicht das ius variandi beim Kauf nicht gestattet. Einmal sei in den Quellen ein grosser Unterschied zwischen alternativer Stipulation und alternativem Kauf. Während bei alternativer Stipulation ausdrücklich hervorgehoben werde, dass die Alternative erst mit der Erfüllung entschieden werde und bis dahin dem Schuldner das ius variandi zustehe, werde beim alternativen Kauf nichts davon erwähnt. Es verstünde sich nicht von selbst, dass die Grundsätze eines stricti iuris- auf ein bonæ fidei-Geschäft Anwendung fänden. Ferner gehe aus l 34 § 6 D 18,1 und 25 pr. cit. hervor, dass das ius variandi beim Kauf nicht anwendbar sei. Mit den Worten der ersten Stelle: est mihi emptus Stichus aut Pamphilus sei eine Wahlklausel unvereinbar. Zu einer Futurform passe nur „emptus esto“. Ausserdem sei bei den Stellen über die alternative Obligation die Alternative mit der datio „in einen unzertrennbaren Zusammenhang“ gebracht und daraus das ius variandi gefolgert; hier aber sei die traditio nicht einmal erwähnt, daher diese Folgerung ausgeschlossen. In den Worten der zweiten Stelle: utram eliget venditor, empta erit bezeichne das „empta erit“ im Gegensatz zu emetur ein wirksam gewordenes Rechtsgeschäft.

Neuerdings gehört Dernburg[1] zu den Gegnern des ius variandi im gemeinen Recht. Er legt zwar die l 138 § 1 D 45,1 so aus, dass er dem Schuldner ein ius variandi bis zur vollen Leistung gewährt; auch ist er der Ansicht, dass unter den Alternativobligationen im römischen

[1] Dernburg, Pr. Pr. § 29.

Recht „reine Wahlobligationen“ bestanden hätten, bei denen bald eine Aenderung der Wahl möglich gewesen sei, bald nicht. (Vgl. Litten, a. a. O. S. 30; Ryck, a. a. O. S. 202.) Dem modernen Rechte seien aber alternative Obligationen rein römischer Art nicht bekannt. Unsere sogen. Alternativobligationen seien „Wahlobligationen“. Durch die blosse Wahl werde in der Regel die Obligation zur einfachen. Dernburg geht sogar soweit, dass er das ius variandi nur noch als „denkbar“ hinstellt.

Auch Mitteis[1] ist der Ansicht, dass das ius variandi im römischen Recht nur für Stipulationen gegolten habe, wie aus l 138 § 1 D 45,1 hervorgehe. Julianus habe es schon abgelehnt für das Damnationslegat, das doch stricti iuris sei: l 84 § 9 D de leg I⁰: cum autem semel dixerit heres, utrum dare velit, mutare sententiam non poterit.

Alle diese angeführten Theorien — mögen sie auch in einzelnen Punkten und ihrer Begründung abweichen — lassen sich trennen in solche, die das ius variandi verteidigen, und solche, die eine Konzentration schon bei einmaliger Wahlerklärung eintreten lassen: Die Vertreter der ersten Anschauung sind der Meinung, dass eine Erklärung der Wahl für den Wahlberechtigten weder von Vorteil noch von Nachteil sei; ihre Gegner lassen durch Erklärung der Wahl nicht nur Konzentration eintreten, sondern auch, wie Demelius[2] und Regelsberger[3] ausdrücklich bemerken, die Gefahr auf den Gläubiger übergehen. Anderer Ansicht unter ihnen ist nur Puntschart[4], der Konzentration und Gefahrübergang nicht zusammen-

[1] Mitteis, a. a. O. S. 152 u. Anm. 62.

[2] Demelius, a. a. O.

[3] Regelsberger, a. a. O.

[4] Puntschart, a. a. O. S. 309.

fallen lässt. Das ist m. E. nicht richtig. Wenn man wie Puntschart auf dem Standpunkte steht, dass durch einfache Willenserklärung eine „Konzentration“ eintritt, dann muss man m. E. auch zugleich den Gefahrübergang damit zusammenfallen lassen; denn die Wahlerklärung entspricht doch dann der wirklichen Leistung.

Ihnen allen steht in gewisser Hinsicht die Theorie Franz Leonhards gegenüber, die er in seiner Abhandlung „Die Wahl bei der Wahlschuld“ [1] entwickelt. Das Resultat dieser Theorie ist zwar die Anerkennung der herrschenden Lehre, die Gründe unterscheiden sich jedoch erheblich von den bisherigen. Leonhards Ansicht nach hat Jhering mit seiner oben geschilderten Theorie insoweit Recht, als er die herrschende Lehre des gemeinen Rechts, die der Wahlerklärung jeden Einfluss auf die Schuld absprach, angreift. Auch Leonhard erscheint es „unerträglich“, dass der Gegner des Wahlberechtigten in Ungewissheit schwebt und auf keine Weise Klarheit erlangen kann.

Auch m. E. hat die Wahlerklärung dann überhaupt keinen Sinn, wenn mit ihr gar kein Zweck verbunden werden kann. (Vgl. Pescatore I, S. 178.) Einen Zweck aber kann ich nicht finden, wenn weder durch die blosse Erklärung eine Konzentration eintritt, noch der Gegner des Wahlberechtigten irgend ein Mittel hat, den Wahlberechtigten bei seiner Erklärung festzuhalten. Jhering hat jedoch nach Leonhards Meinung übersehen, dass, wie der Wahlberechtigte den Gegner in Verzug setzen kann, so auch der Wahlempfänger doch eine Möglichkeit hat, eine Aenderung der Wahl zu verhindern.

Dafür, dass die Römer die Konzentration nicht durch einfache Wahlerklärung eintreten liessen, führt Leonhard

[1] Jherings Jahrb., Band 41, S. 1 ff.

die oben schon erwähnte l 106 D 45,1 an. Auch m. E. kann man die Worte: „tamdin autem voluntas promissoris in pendenti est, quamdiu id, quod promissum est, solvatur“ nur in dem von Leonhard angegebenen Sinne auslegen. Die Befugnis der Wahländerung hätten die Römer im allgemeinen aus den Stipulationsworten „utrum volam“ gefolgert, nicht aus praktischen Erwägungen. Sie hätten nämlich das „volam“ auf den inneren Willen bezogen und wären ebenso verfahren bei den Worten „si volam“, die sich bei anderen Rechtsgeschäften fanden. Der Grund dieser Bestimmung liegt nach Leonhard darin, dass der Wahlberechtigte durch seine einseitige Erklärung dem Gegner keinen Schaden zufügen solle. Daher hätten die Römer eine Konzentration zu gunsten des Wahlberechtigten nicht eintreten lassen, aber „da sie beides anscheinend als untrennbar betrachteten“ und auch das Interesse des Erklärenden in Betracht kam, auch nicht zu seinem Nachteile. Nur dann, wenn die Wahlbefugnis — wie in l 84 § 9 D de leg I° und in l 22 D 16,2 — durch ausdrückliche Bestimmung einer Partei eingeräumt worden sei, hätten die Römer eine Aenderung der Wahl nicht zugelassen, woraus übrigens folgt, dass der Gläubiger, der das Wahlrecht nur durch Vertrag erlangen kann — denn, wenn nichts vereinbart ist, steht, wie oben geschildert, dem Schuldner das Wahlrecht zu — auch nie das Recht der Aenderung der einmal getroffenen Wahl hat.

Das Mittel, den Wahlberechtigten an seiner Erklärung festzuhalten, sieht Leonhard darin, dass es dem Wahlempfänger möglich ist, seinen Gegner in Verzug zu setzen. Er schliesst dies, m. E. mit Recht, aus der l 105 D 45,1: Stipulatus sum Damam aut Erotem servum dari: cum Damam dares, ego quo minus acciperem, in mora fui:

mortuus est Dama: an putes me ex stipulatu actionem habere? respondit: secundum Massurii Sabini opinionem puto te ex stipulatu agere non posse: nam is recte existimabat, si per debitorem mora non esset, quo minus id quod debebat solveret, continuo eum debito liberari.

Pescatore[1] und Ryck[2] wollen zwar diese Stelle nur für den Gläubigerverzug gelten lassen: bei mora accipiendi werde der wahlberechtigte Schuldner durch kasuellen Untergang befreit, nach Pescatore sogar schon dann, wenn den Schuldner keine culpa lata treffe.

Ich muss mich jedoch der Ansicht Leonhards anschliessen, der zwar zugibt, dass sich der Gläubiger hierbei in Verzug befindet, jedoch die gegebene Begründung für nicht passend hält. Sabinus lasse in seiner Entscheidung den Schuldner frei werden, wenn er nicht in Verzug sei, nicht dadurch, dass der Gläubiger sich in Verzug befindet.

Das würde nach der Auffassung Pescatores und Rycks unrichtig sein; denn sie müssten davon ausgehen, dass der Gläubiger seine Klage auf den überlebenden Sklaven Eros richte, da der Verzug des Gläubigers ihn des Rechts auf die andere Leistung beraube. Dieser Anspruch auf den überlebenden Sklaven Eros werde aber nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Schuldner nicht in Verzug sei, vielmehr trete bei zufälligem Untergange des einen Sklaven nur Konzentration auf den übrig gebliebenen ein.

Die Begründung der Stelle ist nach Leonhard also nur dann richtig, wenn man annimmt, der Gläubiger habe wegen des verstorbenen Sklaven Schadensersatz verlangt. Unter dieser Voraussetzung könne der Kläger abgewiesen

[1] Pescatore I, S. 192; Pescatore II, S. 83 f.

[2] Ryck, a. a. O. S. 240.

werden mit der Begründung, dass nur bei Verzug des Schuldners nach der Wahl sein Anspruch begründet sei.

Pescatore[1] meint zwar, an eine Klage auf Schadensersatz wegen des Dama sei überhaupt nicht zu denken, so lange Eros am Leben ist, selbst dann nicht, wenn Dama „facto debitoris“ ums Leben gekommen sein sollte. Er beruft sich auf l 95 § 1 D 46,3. Diese Stelle sagt allerdings „quodsi promissoris fuerit electio defuncto altero, qui superest, æque peti poterit“. Hierin wird aber m. E. im Gegensatz zu dem vorausgehenden principium nur das Recht begründet, auch den überlebenden Sklaven zu fordern; denn der Schuldner soll sich nicht durch Bezahlung des Preises für den geringeren verstorbenen Sklaven der Lieferung des überlebenden entziehen können: . . . neque defuncti offerri æstimatio potest, si forte longe fuit vilior, quoniam id pro petitore in poenam promissoris constitutum est. Damit ist der Einwand Pescatores m. E. hinfällig; es ist vielmehr von Leonhard der Nachweis geführt worden, dass trotz des Bestehens des ius variandi der Gläubiger bei Wahl des Schuldners nicht bis zur wirklichen Leistung in Ungewissheit schwebt, sondern dass er ein Mittel hat, schon vorher eine Konzentration herbeizuführen, dadurch, dass er den Gläubiger in Verzug setzt.

Ebenso steht es umgekehrt mit dem Schuldner. In der herrschenden Lehre des gemeinen Rechts ist, wie wir oben gesehen haben, in diesem Punkte eine gewisse Unklarheit zu beobachten: Während man im allgemeinen der Wahlerklärung ohne Leistung jede Bedeutung absprach, glaubte man andererseits wieder, dem Gegner, der der Wahlerklärung vertraue, doch wenigstens den Ersatz des

[1] Pescatore II, S. 84.

negativen Interesses (Windscheid, Pescatore) gewähren zu müssen. Leonhard gibt auch dem Schuldner nach Erklärung der Wahl Gelegenheit, den Gläubiger in Verzug zu setzen. Er schliesst dies aus l 95 pr. D 46,3, einer Stelle, in der dem Gläubiger das Wahlrecht zustehe: Stichum aut Pamphilum, utrum ego velim dare spondes? altero mortuo qui vivit solus petetur, nisi si mora facta sit in eo mortuo, quem petitor elegit: tunc enim perinde solus ille qui decessit præbetur, ac si solus in obligationem deductus fuisset. Pescatore[1] bezieht umgekehrt diese Stelle auf den Schuldnerverzug, Leonhard hält aber diese Annahme deshalb für nicht richtig, weil es in der Stelle heisst: solus ille qui decessit præbetur, der Verzug des Schuldners aber nicht das Wahlrecht des Gläubigers beeinträchtigen dürfe. Pescatore meint zwar, man müsse annehmen, der Gläubiger sei bei seiner ersten Entscheidung stehen geblieben; Leonhard führt aber dagegen an, man könne, wenn jemand die Wahl habe und das eine haben wolle, das nie dahin ausdrücken, dass er eben nur dies haben könne (solus præbetur).

Durch diese Theorie Leonhards wird es nunmehr beiden Parteien ermöglicht, „die Vorteile einer Vereinfachung“ für sich zu erlangen. Leonhard hat die mit Recht erhobenen Einwände Jherings gegen die uneingeschränkte Geltung des ius variandi im modernen Recht auf gänzlich neuem Wege völlig befriedigend gelöst. Jhering griff zur Abschaffung der sich ergebenden Uebelstände zur Konzentration durch einfache Wahlerklärung. Dadurch aber, dass durch Leonhards Theorie Wahlberechtigter und Wahlempfänger gleichgestellt sind, ist

[1] Pescatore I, S. 256; Pescatore II, S. 84 f.

es möglich, das in den Quellen begründete ius variandi zu vertreten, ohne zu unbefriedigenden Entscheidungen zu gelangen.

Die Ansicht, dass das ius variandi für das gemeine Recht nicht mehr gelte, hat Leonhard also in doppelter Hinsicht widerlegt: Durch seine Theorie von der Möglichkeit eines Verzuges auf seiten des Wahlberechtigten und des Wahlempfängers hat er die Meinung widerlegt, dass das ius variandi praktisch verfehlt sei; den anderen Grund zur Ablehnung des ius variandi: dass es nämlich im römischen Recht nur bei Stipulationen gegolten habe, hat Leonhard, wie oben geschildert, ebenfalls erfolgreich angegriffen.

§ 7.

Wir haben gesehen, dass im gemeinen Recht im Zweifel dem Schuldner das Recht der Wahl zustand. Diese Bestimmung ist nach Oertmann[1] „ein Gemeingut aller bisherigen Rechte". Sie findet sich z. B. im österreichischen G. B. § 906 (Kann das Versprechen auf mehrere Arten erfüllt werden, so hat der Verpflichtete die Wahl . . .), im code civil art. 1190 (le choix appartient au débiteur, s' il n'a pas été expressément accordé au créancier), im sächsischen G. B. §§ 697, 698 (Ist der Verpflichtete verbunden, von mehreren Gegenständen den einen oder den anderen zu leisten, so steht ihm unter denselben die Wahl zu . . .), im bayrischen Entwurf art. 250, im Dresdener Entwurf art. 7 und im schweizerischen Bd. Ges. art. 82.

---

[1] Oertmann, a. a. O. § 262, Anm. 1; cf. Motive § 207, Litten a. a. O. S. 55 ff.

So bestimmt zwar auch das A. L. R. im § 276 I, 5, „dass, wenn eine von mehreren bestimmten Leistungen versprochen worden ist, in der Regel der Verpflichtete die Wahl habe, welche er geben wolle“; für den Kauf macht es jedoch von diesem Satze eine Ausnahme; denn nach § 38 I, 11 steht dem Käufer die Wahl zu, wenn aus dem Vertrage nicht zu ersehen ist, wer die Wahl haben solle.

Das B. G. B. hat diese Ausnahme nicht aufgenommen: es bestimmt in § 262 schlechthin, dass bei Alternativobligationen „das Wahlrecht im Zweifel dem Schuldner zustehe“.

Der Entwurf ist nach Angabe der Motive[1] dem gemeinen Recht wie der modernen Gesetzgebung gefolgt, ohne für den Kauf eine Ausnahme festzusetzen, da ein Bedürfnis hierfür nicht bestehe.

Die Bestimmung des § 262 gilt übrigens unbeschränkt nur für einseitig alternative Verträge; bei gewissen gegenseitigen Verträgen muss anders verfahren werden.[2] Planck weist darauf hin, dass die Vorschrift des § 262 B. G. B. nur eine Auslegungsvorschrift ist, während § 207, der entsprechende Paragraph des ersten Entwurfes, eine dispositive Bestimmung enthielt. § 262 B. G. B. gibt daher keine Entscheidung für den Fall, dass wahlweise verschiedene Leistungen und Gegenleistungen geschuldet werden; denn in diesem Falle ist jeder Teil zugleich Schuldner und Gläubiger. Es muss daher durch Auslegung gefunden werden, wem das Wahlrecht zusteht.

---

[1] Mot. § 207.

[2] cf. Planck, a. a. O. § 262 Anm. 1; ebenso Cosack, a. a. O. S. 321; Müller-Meikel, a. a. O. S. 230; Staudinger II, 1, § 262 Anm. 4; a. M. Pescatore II, S. 166 f.

Marcus[1] versucht, diese Ansicht zu widerlegen. Die Auffassung Plancks sei eine irrtümliche, da sie in das Gesetz etwas fremdes hineintrage: das Gesetz spreche nur von mehreren Leistungen, nicht aber von einseitigen und mehrseitigen Verträgen. Es sei also auch bei gegenseitigen Verträgen die Partei wahlberechtigt, der die alternative Leistungspflicht obliege. Wenn also jede Partei alternativ verpflichtet sei, so habe jede Partei bezüglich der ihr obliegenden Leistungspflicht das Wahlrecht. Dieser Ansicht von Marcus kann ich mich nicht anschliessen. Dass das bei gewissen Fällen möglich ist, bestreitet auch Planck nicht. Hat beispielsweise der A dem B einen Rappen oder einen Fuchs für 1000 Franks oder 800 Mark verkauft, so hat gewiss A das Wahlrecht bezüglich der Pferde, B bezüglich der Geldsumme. Wie aber, wenn A entweder einen Rappen für 1000 Mark oder einen Fuchs für 1200 Mark schuldet? Will hier A den Fuchs liefern, B aber nur 1000 Mark bezahlen, dann kommt eventuell der Vertrag nie zur Erfüllung, wenn man analog dem ersten Beispiel verfährt. Hier ist also der Vorschlag von Marcus nicht anwendbar; denn durch die Wahl des einen Schuldners ist ja eine „Wahl“ auf der anderen Seite ausgeschlossen; der andere Teil kann höchstens beistimmen, wählen kann er nicht mehr. Es kann also nicht nach den Worten des Gesetzes verfahren werden. Hier hilft nur das Universalmittel des § 242 B. G. B. Und dem widersprechen auch die Worte des Gesetzes in § 262 gar nicht; denn das Gesetz sagt nur „das Wahlrecht steht im Zweifel dem Schuldner zu“. Da wir hier aber zwei Schuldner haben, so ist § 262 gar nicht anwendbar.

---

[1] Marcus, a. a. O. S. 12 f.

Wenn das Gesetz „im Zweifel“ dem Schuldner das Wahlrecht zuspricht, so will es damit nicht sagen, dass dem Gläubiger das Wahlrecht nur dann zusteht, wenn es ihm besonders eingeräumt ist. Marcus[1] weist darauf hin, dass es bei allen Verträgen auf den erkennbaren Willen der Parteien ankomme (§ 133 B. G. B.) und dementsprechend im einzelnen Falle massgebend sein müsse, wen die Verkehrssitte als massgebend ansehe (§ 157 B. G. B.). Dieser Ansicht von Marcus schliesse ich mich an. Als Beispiel möge folgender Fall dienen. Ein Kaufmann gibt seinen Kunden Rabattmarken und verpflichtet sich, für eine bestimmte Zahl dieser Marken einen näher bezeichneten Gegenstand oder eine Mark in bar zu geben. Hier ist ein anderer Wille der Parteien aus den Umständen zu entnehmen; § 262 B. G. B. findet daher keine Anwendung.

§ 262 B. G. B. ist auch für alternative Vermächtnisse gültig; mit Recht weist Pescatore[2] darauf hin, dass mit der Beseitigung des unmittelbaren dinglichen Rechtserwerbs für den Bedachten (§ 2174 B. G. B.) auch die aus einem solchen Erwerbe für die Zuständigkeit der Wahl sich ergebenden Konsequenzen in Wegfall gekommen seien.

Die Wahl wird nach § 263 B. G. B. durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile ausgeübt. Durch die Bestimmung der §§ 262, 263 B. G. B. kommt Dernburg[3] zu der schon oben erwähnten Entscheidung, dass der modernen Auffassung nur „reine Wahlschulden“ bekannt seien; denn für das römische Recht macht Dernburg einen Unterschied zwischen „alternativen Obligationen“ und „reinen Wahlschulden“: bei den ersteren habe die volle Leistung

[1] Marcus a. a. O. S. 13.

[2] Pescatore II, S. 167.

[3] Dernburg, Pr. Pr. II § 29.

des einen Objekts den Schuldner der Verpflichtung in Bezug auf das andere enthoben, während bei den „reinen Wahlschulden“ bald die einmalige Wahlerklärung die Wahl erschöpft, bald ein ius variandi bis zur Erfüllung bestanden habe.

Dadurch ist zugleich die Streitfrage nach der Bedeutung der Wahl entschieden worden.[1] Eine Richtung sieht in der Wahl das einzige Mittel, eine Tilgung herbeizuführen. Sie sei der unbedingt notwendige Willensakt, durch den allein die Entscheidung der Alternative erfolgen könne. Die andere Meinung hält dagegen die Wahl nur für eine dem Wahlberechtigten gewährte Vergünstigung. Sie sei aber nicht die notwendige juristische Tatsache, von deren Eintritt die Beschränkung der Wahlschuld auf die geschuldete Leistung abhänge. Das Gesetz hat sich der ersten Richtung angeschlossen. Es erkennt der Wahl eine bestimmte Wirkung zu: durch sie allein wird die Beschränkung auf ein Schuldverhältnis herbeigeführt. Durch die Leistung oder Annahme wird hingegen diese Wirkung nicht erzeugt, wenn nicht in ihr zugleich die Wahl liegt.

Gegen den letzten Satz wendet sich, m. E. mit Recht, Pescatore.[2] An verschiedenen Beispielen beweist er, dass trotz Nichtausübung der Wahl durch blosse Leistung eine Tilgung des Schuldverhältnisses herbeigeführt wird. Ein Gast bestellt z. B. „einen Richtenberger oder Boltenhäger“. Der Wirt erklärt, er beziehe seinen Kornbranntwein in derselben Form als „Richtenberger oder Boltenhäger“ von einer durchaus zuverlässigen Firma; er erhalte das Verlangte mit einer auf so und so viel Liter „Korn“ lautenden

[1] cf. Marcus, a. a. O. S. 17 ff.

[2] Pescatore II, S. 170 ff.

Faktura und bekümmere sich, da seine Gäste stets mit dem Gelieferten zufrieden seien, nicht darum, ob der Korn aus der einen oder der anderen Brennerei stamme. Wenn nun der Wirt dem Gast ein Glas Kornbranntwein bringt, hat er nicht gewählt, der Gast aber trotzdem das Bestellte bekommen.

Durch die Bestimmung des § 263 B. G. B., dass die Wahl durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile geschieht, wird auch die Streitfrage des gemeinen Rechts entschieden, ob die Erklärung der Wahl allein zur Konzentration ausreichen oder ob ein ius variandi bis zur wirklichen Leistung bestehen solle. Das B. G. B. schliesst sich der ersten Ansicht an. Denn da die Erklärung der Wahl ein einseitiges, richtungsbedürftiges Rechtsgeschäft ist, wird es nach den §§ 130—132 B. G. B. beurteilt.[1] In den Entwürfen I und II war ausdrücklich bestimmt, dass die Erklärung unwiderruflich sei. Diese Vorschrift ist jedoch später gestrichen worden, weil es als selbstverständlich angesehen wurde, dass die Rechtswirkung, welche durch die Erklärung eingetreten ist, durch den Widerruf des Erklärenden nicht rückgängig gemacht werden kann. Einer Annahme der Erklärung bedarf es nicht.

Das B. G. B. hebt aber nicht nur das ius variandi auf, es geht sogar noch weiter, indem es in § 263 Abs. II bestimmt, die Wahlerklärung solle rückwirkende Kraft haben. Wird also eine der Leistungen vor der Wahlerklärung unmöglich, so soll, wenn nicht der Eintritt der Unmöglichkeit von dem Wahlberechtigten selbst zu vertreten ist, nach § 306 B. G. B. Nichtigkeit des Schuld-

---

[1] cf. Planck, a. a. O. § 263 Anm. 1; Kuhlenbeck, a. a. O. § 263 Anm. 1; Pescatore II, S. 174 ff.

verhältnisses fingiert werden.[1] Wie falsch diese Vorschrift ist, wird besonders von Pescatore[2] mit treffenden Beispielen dargelegt.

Mit Staudinger[3] bin ich der Ansicht, dass übrigens eine einseitige Erklärung trotz obiger Ausführungen unzulässig ist, wenn sie nämlich nach dem Parteiwillen im besonderen Falle abzulehnen sein wird. Staudinger ist der Ansicht, dies gelte insbesondere für dauernde Leistungen; er führt hierfür folgendes Beispiel an: Ein Auswanderungsunternehmer, der den Auswanderern in der zulässigen Weise Unterkunft und Verpflegung zu gewähren begonnen hat, wird nicht frei, wenn die Fortgewährung von Unterkunft und Verpflegung in der bisherigen Weise unmöglich wird. M. E. ist die Ausdrucksweise Staudingers nicht korrekt. Er sollte vielmehr sagen: Leistungen, bei denen ein bestimmter Erfolg unter allen Umständen herbeigeführt werden soll, bei denen aber der Weg dazu alternativ offen steht. Es werden derartige Leistungen zwar recht oft — vielleicht sogar meistens — dauernde sein, es lässt sich aber auch leicht ein anderes Beispiel bilden: Ein Kaufmann vereinbart mit einem Geschäftsfreunde, ihm bis zum nächsten Monatsersten 1000 Zentner Zucker zu senden; die Sendung könne auf der Eisenbahn oder zu Schiff ausgeführt werden. Geht nun das Schiff mit der Ladung unter, so wird der Geschäftsfreund keineswegs frei.

Ferner darf der wahlberechtigte Schuldner nicht unterschiedslos durch Ausübung der Wahl dem Gegner die Gefahr aufbürden. Enneccerus[4] führt hierfür folgendes

---

[1] Staudinger II, 1, § 263 Anm. 1.

[2] Pescatore II, S. 210 ff.

[3] Staudinger, a. a. O.

[4] Enneccerus, a. a. O. § 242, I, 2.

Beispiel an: Wer nach Jahresfrist ein bestimmtes Pferd oder 1000 Mark zu leisten versprochen hat, kann das Risiko für den Fall des früheren Todes des Pferdes dem anderen Teile nicht dadurch aufbürden, dass er erklärt, er werde nach Ablauf der Frist das Pferd leisten. Bei bedingten oder befristeten Wahlschulden wird dieser Fall am häufigsten vorkommen. Leonhard[1] kommt zu einem ähnlichen Ergebnisse allerdings nur bei befristeten und bedingten Wahlschulden, indem er bei solchen dem Gläubiger das Recht gibt, die Wahl zurückzuweisen. Nach Leonhard[2] wäre sogar wünschenswert, wenn auch nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht ganz unbedenklich, dass die Wahl überhaupt nur gegen den Wählenden wirke.

Es fragt sich weiter, ob der Wahlberechtigte zu jeder Zeit sein Wahlrecht ausüben kann. Dies ist m. E. anzunehmen, wenn die Wahlerklärung nicht gegen Treu und Glauben verstösst. Wer z. B., wie schon oben erwähnt, erst in bestimmter Zeit den einen oder den anderen Gegenstand zu liefern hat, darf nicht durch die Wahl vor diesem Zeitpunkt dem Gläubiger die Gefahr aufbürden.[3] Kohler[4] fasst alle derartigen Fälle zusammen, wenn er meint, der wahlberechtigte Schuldner dürfe nur dann nicht vorher wählen, wenn der Gläubiger an der nicht vorzeitigen Wahl ein Interesse hat.

Das Wahlrecht kann, wie jede Willenserklärung, für welche eine bestimmte Form nicht vorgeschrieben ist, auch durch schlüssige Handlungen betätigt werden. Hauptsäch-

---

[1] Leonhard, a. a. O. S. 31 ff.

[2] Leonhard, a. a. O. S. 27 ff.

[3] cf. Planck, a. a. O. II, § 263, Anm. 2; Enneccerus a. a. O. § 47, I, 2.

[4] Kohler, a. a. O. S. 52.

lich kommen hierfür wohl gänzliche oder teilweise Leistung, Annahme einer der geschuldeten Leistungen und gerichtliche Geltendmachung in Betracht.[1] Aber auch in der Bereitschaft zur Uebergabe wird zugleich eine Wahlerklärung zu erblicken sein. Schuldet z. B. A. dem B. einen Rappen oder einen Fuchs, und übersendet er ihm das eine der beiden Pferde, so wird nicht noch ausserdem eine Wahlerklärung nötig sein.

Pescatore[2] weist darauf hin, dass im Verkehr regelmässig keine Wahlerklärung erfolgt und dass gerade in den Fällen, in denen der eine Teil eine Erklärung der Wahl von seiten des anderen erwartet, die Annahme nahe liegt, dass die Beteiligten ein sogen. Wahlschuldverhältnis gar nicht begründen wollten, dass vielmehr nach ihrer Absicht ein bindender Vertrag erst durch die Abgabe jener Erklärung zustande kommen sollte.

---

[1] cf. Staudinger, a. a. O. § 263, Anm. 2; Enneccerus, a. a. O. § 242, III.

[2] Pescatore II, S. 180 ff.